

1999

L'Assurance-Emploi: Les Enjeux Constitutionnels du Detournement du Regime d'Assurance-Chomage

Georges Campeau

Follow this and additional works at: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/jlsp>

Citation Information

Campeau, Georges. "L'Assurance-Emploi: Les Enjeux Constitutionnels du Detournement du Regime d'Assurance-Chomage." *Journal of Law and Social Policy* 14. (1999): 91-106.
<https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/jlsp/vol14/iss1/4>

This Article is brought to you for free and open access by the Journals at Osgoode Digital Commons. It has been accepted for inclusion in Journal of Law and Social Policy by an authorized editor of Osgoode Digital Commons.

L'ASSURANCE-EMPLOI: LES ENJEUX CONSTITUTIONNELS DU DÉTOURNEMENT DU RÉGIME D'ASSURANCE-CHÔMAGE.

GEORGES CAMPEAU*

SUMMARY

Since 1990, the federal government has used the unemployment insurance system for purposes other than providing benefits to the unemployed. This misappropriation has enabled the federal government to finance an important part of its activities regarding labour force matters. In addition, the surplus in the Unemployment Insurance account generated by massive cutbacks made in recent years, is being used to reduce the federal deficit. This misappropriation has been done at the expense of the interests of workers and the unemployed, and in contravention of the federal government's constitutional responsibilities to those same workers and the unemployed.

The justification relied on for the federal Parliament's intervention in this field is not supported by the federal spending power, but rather the jurisdiction over unemployment insurance which it received as a result of a constitutional amendment in 1940. The jurisdiction given to the federal Parliament at that time is limited to unemployment insurance, that is the power to levy premiums to indemnify those insured under the program in case they become unemployed. It cannot be used for other purposes without the federal government exceeding its constitutional powers.

Les récents débats à la Chambre des communes ont mis en relief une pratique déplorable mais déjà connue: le détournement par le gouvernement fédéral de fonds du Compte d'assurance-emploi à des fins autres que le versement de prestations. Le ministre des finances Paul Martin a admis sans détour que le Compte d'assurance-emploi est utilisé comme n'importe quelle autre source de revenu par le gouvernement fédéral¹.

Ce détournement du régime ne se limite pas aux surplus générés par les énormes compressions des dernières années, mais s'applique plus fondamentalement à la nouvelle orientation de l'assurance-chômage, soit l'intégration au régime des nouvelles prestations d'emploi et leur financement par le Compte d'assurance-chômage.

* © par Georges Campeau, professeur, Département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal. Je tiens à remercier Me Jean-Guy Ouellet pour ses judicieux commentaires d'une première version de ce texte. Cependant, je suis seul responsable des opinions qui y sont exprimées.

1. *Débats de la Chambre des communes*, (27 mai 1998) à la p. 7274 (P. Martin); (28 mai 1998) à la p. 7359 (P. Martin).

Or, ce détournement s'est effectué non seulement au détriment des intérêts des travailleurs et des sans-emploi mais en contravention des responsabilités constitutionnelles du gouvernement canadien à leur endroit.

Bien que le compte d'assurance-emploi soit intégré au budget général du gouvernement fédéral depuis 1986, une telle règle comptable ne modifie pas pour autant la compétence constitutionnelle fédérale en matière d'assurance-chômage. Rappelons que le pouvoir d'intervention du Parlement fédéral dans ce domaine ne s'autorise pas de son pouvoir de dépense mais bien de sa compétence en matière d'assurance-chômage qui lui a été attribuée par l'amendement constitutionnel de 1940². Si cet amendement constitutionnel confère au Parlement fédéral une juridiction en matière d'indemnisation du chômage, il en limite toutefois la portée à l'assurance-chômage.

La compétence du Parlement est donc de prélever des cotisations pour indemniser les assurés en cas de chômage. Il ne peut s'en servir à d'autres fins, notamment le financement de « mesures actives » au détriment de la protection à laquelle les cotisants sont en droit de s'attendre. La confusion entretenue par le gouvernement entre les cotisations d'assurance-emploi et les autres sources de financement ne peut occulter le détournement du régime de ses fins constitutionnelles. Compte-tenu de l'impact négatif considérable du détournement pour les sans-emploi, ces derniers ont tout intérêt à demander aux tribunaux de se prononcer sur la constitutionnalité de cette orientation.

Le présent texte propose une analyse des implications constitutionnelles du détournement du régime d'assurance-chômage qui s'est déroulé dans les années 1990. Nous procèderons d'abord à un rappel des fondements constitutionnels de l'assurance-chômage, pour ensuite aborder les différentes phases de cette réorientation graduelle du régime et plus particulièrement les contre-réformes³ effectuées au cours de la dernière décennie. Ensuite, nous étudierons les questions constitutionnelles que soulève ce détournement du régime en nous référant à des dispositions de la *Loi sur l'assurance-emploi*.

1 LES FONDEMENTS CONSTITUTIONNELS DU POUVOIR D'INTERVENTION DU PARLEMENT FÉDÉRAL EN MATIÈRE D'ASSURANCE-CHÔMAGE

La compétence du gouvernement fédéral en matière d'assurance-chômage découle de l'amendement constitutionnel de 1940, lui conférant une juridiction exclusive en matière d'assurance-chômage. Cet amendement constitutionnel fait suite à la décision du Conseil privé ayant déclaré inconstitutionnelle la *Loi sur le placement et les*

2. *Loi constitutionnelle de 1940*, reproduit dans L.R.C. (1985), App. II, no. 2.

3. Le terme « contre-réforme » semble en effet plus approprié que celui de « réforme » pour décrire une transformation fondamentalement dirigée contre la fonction de protection sociale dont l'assurance-chômage avait été investie jusque là.

*assurances sociales*⁴. Lors des débats ayant précédé l'adoption de cette loi, le premier ministre Bennett avait insisté sur la nature assurancielles du régime proposé:

« On notera que l'expression employée est la suivante: assurance contre le chômage. Il serait donc bien de comprendre, dès le début, qu'il s'agit d'une mesure d'assurance, et non pas d'une mesure de secours. L'assurance se définit ainsi: contre le versement d'une certaine somme d'argent, ordinairement appelée prime, et la plupart du temps effectuée à l'avance, la personne qui verse la prime bénéficie de certains avantages si certains événements ont lieu ou certaines circonstances se présentent (...)

Jusque là, rien de bien différent d'une police d'assurance ordinaire, qui prévoit le versement de sommes déterminées à la personne indiquée comme bénéficiaire, suivant certaines circonstances ou certains événements, versements soumis aux conditions imposées par la police d'assurance elle-même⁵. »

Essentiellement, tant le Conseil privé qu'auparavant la Cour suprême, devaient statuer que l'assurance-chômage, par son mécanisme contributif, relevait de la compétence exclusive des provinces en matière de propriété et de droits civils. Ainsi, la Cour suprême assimile le régime d'assurance sociale créé par la loi, à un régime privé d'assurance:

« Insurance of all sorts, including insurance against unemployment and health insurance, have always been recognized as being exclusively provincial matters under the head "Property and Civil Rights", or under the head "Matters of a merely local or private nature in the Province."⁶

En imposant un prélèvement obligatoire, tout comme pour un régime privé d'assurance, la loi modifiait le contrat de travail, domaine de compétence provinciale:

« In the present case, their Lordships agree with the majority of the Supreme Court in holding that in pith and substance this Act is an insurance Act affecting the civil rights of employers and employed in each Province, and as such is invalid.⁷ »

L'analogie avec l'assurance commerciale souleva à l'époque la controverse. Pour plusieurs, les tribunaux, en assimilant assurance sociale et assurance commerciale, n'auraient tenu compte ni des différences fondamentales entre ces deux systèmes, ni surtout de la finalité hautement sociale d'un régime d'assurance-chômage. Ainsi, contrairement à l'assurance privée, le mécanisme contributif de l'assurance sociale est obligatoire, ce qui le distingue fondamentalement d'un régime privé où l'adhésion, conformément aux principes de la liberté contractuelle, est volontaire. De plus, la nature du risque couvert, la responsabilité collective face à son indemnisation et l'implication de l'État dans la gestion et dans le financement du régime, sont autant

4. *Loi sur le placement et les assurances sociales*, S.C. 1935, c.38.

5. *Débats de la Chambre des communes* (12 février 1935) à la p. 722, (R.B. Bennett).

6. *Reference re The Employment and Social Insurance Act*, [1936] R.C.S. 427 à la p. 452.

7. *Canada (A.G.) v. Ontario (A.G.) (Unemployment Insurance)*, [1937] A.C. 355 à la p. 367 (P.C.).

d'éléments différenciant le régime d'assurance-chômage proposé de l'assurance commerciale. Nul doute que ces deux avis en confondant la technique de l'assurance avec les objectifs de l'assurance privée, escamotaient la dimension sociale de l'assurance-chômage.

Par ailleurs, en assimilant l'assurance-chômage à l'assurance commerciale, ces décisions esquissèrent une amorce de définition juridique du nouveau concept d'assurance sociale. Car quel est l'enjeu de cette contestation judiciaire, sinon l'aspect contributif du régime? L'assurance sociale, par son mécanisme contributif, partage avec l'assurance commerciale un élément d'une même technique: l'assurance. Les tribunaux vont affirmer que rien ne distingue le mécanisme contributif de l'assurance sociale de celui de l'assurance privée. Conformément à la technique de l'assurance, les cotisations (primes) sont prélevées pour indemniser les victimes lors de la réalisation du risque. L'assurance sociale se distingue donc par son mode contributif des autres modes de prélèvement dont dispose alors l'État. L'assurance sociale est autre chose qu'une taxe qu'impose le législateur pour percevoir des sommes d'argent dont il peut ensuite disposer à sa guise, car par la technique de l'assurance, « le produit des cotisations est toujours exclusivement affecté au financement du régime d'assurance⁸ ». Comme dans l'assurance commerciale, les cotisations sont perçues pour des fins spécifiques, soit le versement de cotisations lors de la réalisation du risque chômage pour un assuré. Aussi, le régime d'assurance-chômage, même s'il se distingue de l'assurance privée par plusieurs aspects, notamment sa dimension sociale et ses aspects redistributifs, n'en conserve pas moins avec l'assurance commerciale une caractéristique commune, soit un mécanisme contributif destiné à percevoir des sommes devant être déboursées à des fins précises.

Suite à la décision du Conseil privé, le premier ministre King va chercher à obtenir des provinces leur assentiment à un amendement constitutionnel qui conférerait au Parlement canadien la compétence en matière d'assurance-chômage. King devait expliquer plus tard que l'accord des provinces à l'amendement constitutionnel était conditionnel à ce que la compétence transférée au Parlement du Canada se limite à l'assurance-chômage:

« Que l'on me permette de dire que, si nous avions tenté d'aller plus loin, nous eussions été en butte à de nouvelles objections de la part de quelques-unes des provinces, sinon de toutes. Comme le montrera la correspondance, l'une des circonstances qui nous a permis d'obtenir l'approbation de toutes les provinces a été le fait que nous ne demandons qu'une seule modification, portant spécifiquement sur l'assurance-chômage.⁹ »

Comme les matières relevant de l'assurance sociale relevaient de la compétence provinciale, l'amendement constitutionnel adopté en 1940 sera formulé de façon

8. P. Issalys et D. Lemieux, *L'action gouvernementale, Précis de droit des institutions administratives*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1997, à la p. 540.

9. *Débats de la Chambre des Communes*, (25 juin 1940) aux pp. 1153-4. (W.L. Mackenzie King).

précise, par l'addition de l'alinéa 2A au paragraphe 91, qui s'énonce ainsi: assurance-chômage¹⁰. Cet amendement attribuait au gouvernement fédéral une compétence pour la mise sur pied et la gestion d'un régime d'assurance-chômage, c'est-à-dire percevoir des cotisations pour les fins d'un régime visant à indemniser des assurés se retrouvant en chômage.

La *Loi de 1940 sur l'assurance-chômage*¹¹, contient peu de modifications par rapport à la *Loi sur le placement et les assurance sociales*. Le régime d'assurance-chômage présente les caractéristiques essentielles suivantes: un régime d'assurance sociale dont le financement est tripartite et dont le mode de contribution est obligatoire pour les employés et les employeurs visés par la loi. À l'instar de la *Loi sur le placement et les assurance sociales*, la « Caisse d'assurance contre le chômage » est financée par des contributions des employeurs, des employés ainsi que par un financement étatique. L'État se reconnaît alors une responsabilité face à la question du chômage non seulement par la mise sur pied du régime mais aussi par une contribution à son financement. La contribution étatique au régime représente alors 20% de l'ensemble des sommes versées par les employeurs et les employés¹².

Conformément aux principes de l'assurance, les cotisations sont perçues pour des fins spécifiques, soit le versement d'indemnités lors de la survenance du risque social du chômage. Tout comme pour la loi de 1935¹³, aucune dépense n'est autorisée à des fins autres que le versement de prestations:

« 78. (1) Nonobstant les dispositions de la Loi du revenu consolidé et de la vérification, 1931, le ministre des Finances peut, subordonnément aux dispositions de la présente loi, sur la réquisition de la Commission ou de ses fonctionnaires autorisés, acquitter, à même la Caisse, les réclamations de prestations d'assurance et les remboursements de contributions prévus par la présente loi, mais nul autre paiement ne constitue une charge sur la Caisse... » (Nous soulignons).

2 LE DÉTOURNEMENT DU RÉGIME: DE L'ASSURANCE-CHÔMAGE À L'ASSURANCE-EMPLOI

1 L'évolution du régime et les mesures actives

S'inscrivant dans le développement de l'État providence canadien, le régime connaît une expansion dans la période d'après guerre. Ce mouvement va culminer avec la réforme de 1971¹⁴, qui libéralise le régime et en élargit la couverture. La *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* prévoit un champ d'application universel, des conditions d'admissibilité plus souples, et des prestations plus avantageuses, ainsi que de nou-

10. *Supra* note 2.

11. *Loi de 1940 sur l'assurance-chômage*, S.C.1940, c. 44.

12. *Ibid.*, art.17 (1), 77 (2).

13. *Supra* note 4, art. 35 (3).

14. *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, c.48.

velles prestations de maladie, de maternité. Le financement étatique est accru, le gouvernement fédéral s'engageant à assumer les frais des prestations attribuables à un surcroît de chômage de l'ordre de 4%¹⁵. Néanmoins, le régime n'en conserve pas moins son caractère assuranciel.

Soulignons cependant que le mode de fixation du taux des cotisations est alors modifié¹⁶. Contrairement à la législation antérieure, dans laquelle le montant des cotisations était déterminé par des dispositions explicites à cet effet¹⁷, la loi prévoit désormais que le taux de cotisations sera déterminé par la Commission en fonction du « coût de base réajusté des prestations ». La loi prévoit que le taux des cotisations sera réajusté à la baisse ou à la hausse en fonction des prestations réellement versées au cours des trois dernières années, selon que le Compte d'assurance-chômage sera déficitaire ou excédentaire. Ce mode de fixation du taux de cotisations devait être maintenu dans ses caractéristiques essentielles jusqu'à l'adoption de la *Loi sur l'assurance-emploi*¹⁸ en 1996.

En 1977, s'amorce un mouvement visant à utiliser le Compte d'assurance-chômage pour financer des mesures autres que le versement de prestations aux sans-emploi. En fait, il s'agit d'intégrer dans le régime d'assurance-chômage une partie des stagiaires du programme de formation professionnelle existant, et les nouveaux programmes de travail partagé et de création d'emplois¹⁹.

Le programme de création d'emplois, prévoit que des prestataires d'assurance-chômage pourront continuer à recevoir leurs prestations s'ils acceptent sur référence de la Commission de travailler dans un organisme communautaire. Leurs prestations seront alors majorées et la durée de celles-ci prolongée. Cependant, il ne s'agira pas là d'un emploi assurable. Le programme de travail partagé prévoit que pour éviter une fermeture d'entreprise, la Commission peut autoriser des assurés à toucher des prestations d'assurance-chômage pendant une partie de la semaine tout en travaillant les autres jours. Enfin, les stagiaires référés à un cours de formation professionnelle, pourront toucher non seulement des prestations en période de prolongation mais aussi pendant toute leur formation, la période totale de prestations pouvant alors atteindre 104 semaines. Le gouvernement continuait à financer les prolongations de périodes de prestations, mais les périodes initiales de ces prestations relevaient désormais du seul compte d'assurance-chômage, un tel transfert devant permettre au Trésor fédéral de consacrer davantage d'argent à des fins de formation²⁰. L'assurance-chômage

15. *Ibid.*, art. 136 (2).

16. *Ibid.*, art. 62, 63.

17. Voir: M. Bédard, *Rapport de l'actuaire en chef sur les taux de cotisations de l'assurance-emploi pour 1999, 1998*, Annexe VI à la p. 1.

18. *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, c. 23.

19. *Loi régissant l'emploi et l'immigration*, S.C. 1976-77, c. 54, art. 27 modifiant l'art. 4(3), art. 41 modifiant les art. 37 et 38.

20. *Débats de la Chambre des communes*, (21 octobre 1976 à la p. 343. (J. Cullen).

devint néanmoins la source principale de soutien du revenu pour les stagiaires engagés dans les programmes fédéraux de formation²¹.

Avec l'apparition de ces nouvelles dispositions, qui devaient plus tard être qualifiées de « mesures actives »²², on assiste à un changement important dans l'utilisation des fonds du Compte d'assurance-chômage, qui pourront dorénavant être utilisés à d'autres fins que l'indemnisation des assurés²³. Lors du débat ayant précédé l'adoption de cette loi, une telle utilisation fut critiquée par l'Opposition:

« Notre parti rejette l'idée que le ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration (M. Cullen), utilise les fonds de l'assurance-chômage pour ces projets, non parce que nous sommes contre la création d'emplois en tant que telle, mais parce que nous sommes contre l'idée de détourner à cette fin des fonds destinés aux chômeurs.²⁴ »

2 Les contre-réformes néolibérales des années 1990

Les années 1990 seront marquées par un double détournement du régime d'assurance-chômage en tant que programme d'assurance sociale. Détournement d'abord quant à l'objectif du régime : à côté de l'indemnisation des chômeurs, on fait une place grandissante aux « mesures actives ». Détournement ensuite par une dissociation entre les volets cotisations et prestations : les cotisations perçues pourront servir à bien d'autres choses que le versement de prestations aux assurés. Sans compter que l'opération s'opère au détriment de l'objectif premier du régime, soit de verser des prestations aux assurés.

En 1989, entre en vigueur l'accord de libre-échange avec les États-Unis. Au mois de mars est rendue publique une étude commandée par le gouvernement canadien sur l'impact de l'Accord dans le dossier de la formation professionnelle²⁵. Prenant acte du retard du secteur privé canadien par rapport aux États-Unis, le rapport de Grandpré

21. J.R. Kesselman, *Financing Canadian Unemployment Insurance*, Toronto, L' Association canadienne d'études fiscales, 1983, à la p.79.

22. L'expression « mesures actives » apparaît dans le vocabulaire de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) à compter de la fin des années 70, pour décrire les politiques du marché du travail. Les régimes de garantie de revenu sont qualifiés de mesures « passives » auxquels doivent se substituer des mesures dites « actives », visant à insérer davantage les chômeurs dans une perspective de marché notamment par des activités de formation professionnelle. S'inscrivant dans la logique néolibérale de l'offre, ces mesures font primer les intérêts du bon fonctionnement du libre marché sur ceux des sans-emploi dans la mesure où leur réalisation se fait au détriment de l'indemnisation du chômage. Voir: OCDE, *Le marché du travail: quelles politiques pour les années.1990?*, Paris, 1990.

23. Sur l'introduction de ces nouvelles mesures dans le régime d'assurance-chômage, voir: L.A. Pal, « The Fall and Rise of Developmental Uses of UI Funds », (1983) 9 *Analyse de politiques* aux pp. 81-93.

24. *Débats de la Chambre des communes*, (23 juin 1977) à la p. 7070 (C. Symes).

25. Canada, Conseil consultatif sur l'adaptation, *S'adapter pour gagner*, (Rapport de Grandpré), Ottawa, 1989.

recommande l'imposition d'une cotisation de 1 % sur la masse salariale pour financer la formation professionnelle. Devant les protestations du monde patronal, le rapport va rester sur les tablettes. Le gouvernement Mulroney choisira plutôt de faire assumer le coût de la formation par le régime d'assurance-chômage.

En 1990, s'amorce la première phase d'une vaste contre-réforme qui va culminer avec l'adoption de la *Loi sur l'assurance-emploi* en 1996. La loi adoptée²⁶ prévoit le retrait de la participation financière de l'État au régime d'assurance-chômage. Bien plus qu'une mesure budgétaire, ce retrait marque la fin de la responsabilité de l'État fédéral à l'égard des chômeurs, rendant inévitable une reconfiguration du régime à la baisse. Rappelons que la contribution de l'État fédéral représente alors près de 25 % du budget des prestations d'assurance-chômage²⁷, et couvre notamment le coût de la modulation régionale et des prolongations de prestations dans le cadre de programmes de formation, de travail partagé ou de création d'emplois²⁸. Malgré ce retrait du financement étatique, la loi prévoit un accroissement du financement des « mesures actives », qui pourront dès lors atteindre 15 % du budget du régime²⁹. L'utilisation d'une part croissante du budget de l'assurance-chômage à des « mesures actives » sera financée à même des compressions dans la couverture du régime³⁰, comme devait l'expliquer plus tard le ministre Valcourt lors d'une réunion de l'OCDE en 1992:

« Cette stratégie préconisait essentiellement un déplacement important de ressources et de fonds, les faisant passer des programmes passifs (assurance-chômage) vers des activités de formation et de réemploi. Il apparaissait évident, avec les années, que le soutien passif du revenu avait comme corollaire important de décourager la recherche d'un emploi. La réforme du Régime d'assurance-chômage qui en est résulté comprenait notamment: l'augmentation du nombre de semaines d'emploi comme condition d'admissibilité, l'augmentation de la pénalité pour ceux qui quittaient volontairement leur emploi et la réduction de la période maximum des prestations...

Les mesures productives consistaient à affecter les économies réalisées au titre des conditions plus restrictives d'admissibilité à l'assurance-chômage à des programmes de formation et de réemploi plus efficaces et plus complets, destinés aux chômeurs.³¹ »

26. *Loi modifiant la Loi sur l'assurance-chômage et la Loi sur le ministère et sur la Commission de l'emploi et de l'immigration*, L.C. 1990, c. 40.

27. Voir: Canada, Emploi et Immigration, *Rapport annuel 1988-1989*, Hull, 1989 à la p. 27, et annexe (rapport du vérificateur général du Canada).

28. Canada, Emploi et Immigration, *Commission d'enquête sur l'assurance-chômage*, (Rapport Forget), Ottawa, 1986 à la p. 291.

29. *Supra* note 26, art. 20 ajoutant l'art. 26.2.

30. Voir: Canada, Emploi et Immigration, *Le nouveau mode d'emploi, une stratégie de mise en valeur de la main-d'oeuvre canadienne*, Ottawa, 1989 à la p. 17 (Annexe 1).

31. Canada, Ministère de l'Emploi et de l'Immigration, *Notes pour l'allocation de M. Bernard Valcourt, Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, à la réunion du Comité de l'Emploi, du Travail et des Affaires Sociales, Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE), Paris,*

Les conditions d'admissibilité sont resserrées, la durée et le taux des prestations revus à la baisse, et les mesures visant le « chômage volontaire » renforcées. En 1993, et en 1994, d'autres vagues de compressions³² vont déferler sur le régime d'assurance-chômage³³. Finalement, l'adoption de la *Loi sur l'assurance-emploi* complètera la reconfiguration néolibérale du régime³⁴.

Ces vagues de compressions sont d'une telle ampleur qu'elles vont faire chuter le nombre de chômeurs couverts par l'assurance-chômage de 83% en 1989 à 42 % en 1997³⁵; elles permettront non seulement de dégager le financement nécessaire pour des « mesures actives » de plus en plus coûteuses mais également de créer un surplus dans le Compte d'assurance-emploi dont l'excédent cumulatif devait atteindre à la fin de 1998 un montant de 19,1 milliards de dollars³⁶.

D'ailleurs, le gouvernement n'hésitera pas à se servir de cet excédent pour comptabiliser son déficit à la baisse. Une telle pratique découle des modifications effectuées aux Comptes publics à compter de 1986 intégrant la comptabilité du régime à celle de l'État, les cotisations figurant au chapitre des recettes et les prestations à celui des dépenses³⁷. En vertu de cette nouvelle règle comptable, les cotisations devenaient un revenu du gouvernement, au même titre que l'impôt sur les particuliers, et le versement de prestations une dépense comme les autres. En 1994, d'ailleurs, on pouvait écrire que les cotisations d'assurance-chômage constituaient « la principale source de revenu du gouvernement fédéral après l'impôt sur le revenu des particuliers³⁸. » Cette nouvelle approche comptable va contribuer à créer une confusion importante entre le déficit du Compte d'assurance-chômage et celui de l'État fédéral; le gouvernement ne fera rien pour dissiper dans l'opinion publique cette confusion, qui le justifiait alors d'effectuer de nouvelles compressions dans la couverture du régime. Autant le déficit du Compte, créé par le retrait de l'État en 1990, s'inscrit dans le déficit général de l'État, autant d'éventuels surplus du Compte auraient pour effet de réduire l'impasse budgétaire globale. Les restrictions à l'assurance-chômage auraient pour effet de créer un surplus qui figurerait par la suite dans l'actif de l'État. Ainsi, non seulement le

14 et 15 janvier 1992.

32. *Loi no 2 de 1993 sur la compression des dépenses publiques*, L.C. 1993, c. 13; *Loi d'exécution du budget 1994*, L.C.1994, c. 18.
33. Voir: G. Campeau, « La loi C-13 et l'assurance-chômage: La seconde phase de la réforme conservatrice », (1993) 9 *Revue des lois et des politiques sociales*, pp 62-92, G. Campeau, « Le budget Martin et l'assurance-chômage: Conservateurs et libéraux... même combat! », (1994) 33 *Revue canadienne de politique sociale*, 82.
34. Voir: J. Arenburg, « From Unemployment Insurance to Employment Insurance: A Primer for Advocates » (1997) 12 *Revue des lois et des politiques sociales*, p. 107.
35. *Supra* note 17, à la p. 15.
36. *Ibid.*, à la p. 2.
37. Canada, Receveur général, *Comptes publics du Canada 1986*, Ottawa, 1986 aux pp. 2-6.
38. Canada, DRHC, *Document de travail*, (La sécurité sociale dans le Canada de demain), Hull, 1994, à la p. 56.

gouvernement utilisera-t-il le Compte d'assurance-chômage pour alléger son budget en faisant assumer par le Compte une partie du coût des « mesures actives » auparavant assumées par le Trésor³⁹, mais encore les surplus du Compte seront comptabilisés dans les revenus de l'État, réduisant d'autant le déficit comptable. Le président du Conseil du Trésor résumait, en termes clairs, la position de son gouvernement:

« M. Massé n'a pas hésité à comparer le surplus à une source de revenu pour le gouvernement fédéral. "Si vous réduisez une source de revenu, et que vous voulez continuer à réduire le déficit, vous êtes obligés de trouver une autre source"...

La solution pour combler ce manque à gagner, a poursuivi M. Massé, serait d'augmenter l'impôt sur le revenu, ce que son gouvernement se refuse à faire...⁴⁰ »

L'impact politique de l'opération comptable est plus que profitable pour le gouvernement:

« Si le surplus était comptabilisé séparément, le déficit fédéral serait de 25 milliards cette année, et non pas de 19 milliards, comme l'a clamé le ministre Martin en déposant son budget⁴¹. »

3. *La Loi sur l'assurance-emploi*

En plus, de son lot de compressions qui touchent notamment les travailleurs en situation précaire, la *Loi sur l'assurance-emploi* consacre le détournement du régime. Ainsi, le régime dispensera non seulement des prestations de chômage, mais également des prestations d'emploi, qui comprennent les mesures « actives » déjà prévues dans la loi, auxquelles s'ajoutent de nouveaux programmes, conformes à une logique de libre marché, comme des subventions salariales ou encore des suppléments au revenu de travail pour les salariés à faible revenu⁴². Ces prestations d'emploi, toutefois ne sont plus réservées aux seuls assurés, mais sont également accessibles aux personnes ayant touché des prestations d'assurance-chômage au cours des trois dernières années (cinq si elles ont reçues des prestations parentales ou de maternité)⁴³.

Derrière le voile des mesures actives, se profile ainsi le détournement d'un régime qui devient une source grandissante de financement pour l'État fédéral. La formation professionnelle est de plus en plus assumée par le régime⁴⁴, le principe des vases

39. Voir: C. Girard, « La stratégie fédérale de la main-d'oeuvre: le droit à l'Assurance-chômage en péri? » dans L. Lamarche, dir., *Emploi précaire et non-emploi: droits recherchés*, Actes de la 5e Journée de droit social et du travail, Cowansville, Yvon Blais éd., 1994, 89.

40. Presse Canadienne, « Massé admet candidement que le surplus de l'assurance-emploi sert à diminuer le déficit », *La Presse*, (22 février 1997).

41. *Ibid.*

42. *Supra* note 18, art. 59.

43. *Ibid.*, art. 58 (1).

44. Le rapport entre le coût des mesures actives assumé par le Compte d'assurance-chômage et celui des prestations versées illustre cette tendance. Les coûts annuels sont exprimés en millions de dollars: 1978: mesures actives 79\$, prestations nettes: 4,508\$; 1989: mesures actives: 392\$, prestations nettes: 11,373\$; 1998 (prév.): mesures actives: 1,900\$, prestations nettes: 12,015\$. *Supra* note 17,

s'y appliquant: au fur et à mesure que le budget des mesures actives financées par l'assurance-chômage s'accroît, celui alimenté par le Trésor public diminue d'autant⁴⁵. Et après avoir élargi le registre des mesures actives relevant de l'assurance-chômage, le gouvernement élargit le nombre de personnes pouvant y avoir accès, même si ces personnes ne sont pas des assurées. Dorénavant, une partie des budgets de l'aide sociale sera assumée par les cotisants à l'assurance-chômage, grâce à la compression des prestations fournies aux assurés. Situation absurde: des personnes assistées sociales engagées dans ces mesures actives pourraient les avoir au préalable financées en étant empêchées de bénéficier de prestations d'assurance.

Ce transfert d'une partie des coûts de l'aide sociale au Compte d'assurance-chômage doit être mis en perspective avec le désengagement de l'État fédéral opéré par la mise sur pied en 1996 du Transfert Canadien en matière de santé et de programmes sociaux. Le nouveau Transfert remplace notamment les principaux transferts aux provinces effectués dans le cadre du Régime d'assistance publique du Canada (RAPC) et du Financement des programmes établis (FPE) en matière de santé et d'éducation post-secondaire⁴⁶. L'enveloppe budgétaire qui sera dorénavant consacrée à ce Transfert global est cependant considérablement réduite passant de 29,6 milliards pour l'exercice 1995-96 à moins de 25,1 milliards pour celui de 1997-98⁴⁷. Le financement fédéral des programmes provinciaux d'assistance destinés aux chômeurs est donc considérablement réduit.

De plus, en utilisant les cotisations d'assurance-chômage pour financer autre chose que le paiement de prestations d'assurance, la nouvelle loi transforme *de facto* ces cotisations en « taxe » dégressive. Étrange mécanisme de répartition de la richesse, par lequel les travailleurs les plus pauvres financent par leurs cotisations une partie du coût de mesures d'assistance rendues possibles par des restrictions à la couverture du régime d'assurance. Un autre élément touchant le financement des prestations d'emploi tend à dissocier ce programme de sa vocation indemnitaire: la disparition du rapport, exprimé en pourcentage (15%), entre le budget consacré aux prestations d'emploi et l'ensemble des dépenses du régime⁴⁸. Désormais, c'est 0,8 % de l'ensemble de la rémunération assurable assujettie aux cotisations qui pourra être consacré aux prestations d'emploi:

« 78. Le total des sommes pouvant être versées par la Commission en application de l'article 61 et de l'alinéa 63a) et portées au débit du Compte d'assurance-emploi en

Annexe III aux pp. 1-3.

45. En 1984, le budget des mesures actives assumé par le Trésor était de 2,4 milliards \$. Voir: C. Girard, *supra* note 39, aux pp. 96-97. En 1994, le Trésor n'y consacrait plus que 1,4 milliard \$, alors que le budget des mesures actives assumé par le Compte d'assurance-chômage était de 1,9 milliard \$. Voir: Canada, DRHC, *De l'assurance-chômage à l'assurance-emploi*, Hull, 1994, à la p. 101.

46. *Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces*, L.R.C. 1985, c. F-8 et modif.

47. Canada, Ministre des Finances, *Budget en bref*, 27 février 1995, Ottawa, à la p. 13.

48. *Supra* note 26.

application de la présente partie, au cours d'un exercice, ne peut dépasser 0,8 % du montant que la Commission estime être la rémunération assurable de tous les assurés — sur lequel des retenues sont effectuées au titre du paragraphe 82(1), pour cet exercice, au titre des cotisations ouvrières — et qui est prévu au budget des dépenses déposé devant le Parlement. »

Par ce tour de passe-passe, le gouvernement pourra consacrer plus d'argent aux « mesures actives », tout en continuant de réduire les ressources disponibles pour les prestations de chômage. De plus, en prenant comme référence l'ensemble de la rémunération assurable au Canada⁴⁹, l'assurance-emploi confère au régime des prestations d'emploi une autonomie qui contribue à le détacher d'une assurance sociale visant à indemniser le chômage. Sans compter qu'il n'y a pas d'appel des décisions touchant les prestations d'emploi, sauf lorsqu'elles imposent une pénalité administrative pour déclarations frauduleuses ou défaut d'assister à un cours⁵⁰. Cette absence de droits de recours reflète la nature discrétionnaire de ces mesures de formation à rabais, qui sont la négation même d'un véritable droit à la formation.

Enfin, la *Loi sur l'assurance-emploi* consacre le nouveau rôle de « vache à lait » du régime. Ainsi, la fixation du taux de cotisations n'est plus fonction des prestations de chômage versées aux assurés. Rappelons que la *Loi sur l'assurance-chômage* prévoyait l'établissement du taux de cotisations en fonction des prestations réellement versées au cours des trois dernières années⁵¹. La *Loi sur l'assurance-emploi* prévoit une nouvelle méthode de fixation du taux en fonction de critères peu définis visant à mieux assurer les débits du régime et à maintenir une certaine stabilité des taux de cotisations. La détermination de ce taux relève de la seule responsabilité du gouvernement.

« 66. Pour chaque année, la Commission fixe, avec l'agrément du gouverneur en conseil, sur recommandation du ministre et du ministre des Finances, le taux de cotisation qui, à son avis, permet le mieux, au cours d'un cycle économique, d'assurer un apport de revenus suffisant pour couvrir les débits autorisés sur le Compte d'assurance-emploi et maintenir une certaine stabilité des taux. » (Nous soulignons)

Contrairement au processus antérieur, le nouveau mode de fixation du taux de cotisations en fonction de critères « futurs » permet une gestion du Compte d'assurance-emploi qui ne tient pas compte des prestations effectivement versées pour indemniser les assurés qui se retrouvent sans emploi. Un tel mécanisme a permis l'accumulation d'un surplus important alors que des milliers de sans-emploi voient la protection que le régime devrait leur accorder diminuer de façon significative. Après tout, si l'argent des cotisants est bon pour financer la formation professionnelle et l'assistance, pourquoi ne pas carrément s'en servir pour réduire le déficit? Que tout

49. En 1994, ce montant était évalué à 267,7 milliards de dollars. Canada, Statistique Canada, *Statistiques sur l'assurance-chômage*, (décembre 1995), vol. 54, no. 12, (No. de catalogue: 73-001-XPB), à la p 27.

50. *Supra* note 18, art. 64.

51. *Supra* note 14.

cela se traduise par des compressions dans le régime, par un appauvrissement des sans-emploi, contraints de recourir en nombre toujours plus grand à l'aide sociale⁵², le gouvernement n'en a cure!

3 L'ASSURANCE-EMPLOI ET LES OBLIGATIONS CONSTITUTIONNELLES DE L'ÉTAT FÉDÉRAL

Plusieurs aspects des prestations de chômage de la *Loi sur l'assurance-emploi* pourraient donner ouverture à des contestations judiciaires. Cependant nous limiterons ici notre analyse aux dispositions du nouveau régime qui outrepassent la compétence constitutionnelle du Parlement fédéral en matière d'assurance-chômage. L'art. 91.2A de la *Loi constitutionnelle de 1867* mentionne « assurance-chômage », ce qui implique que le Parlement est autorisé à prélever des cotisations et à verser des prestations dans le cadre d'un régime susceptible d'être qualifié d'« assurance-chômage ». Les dispositions actuelles paraissent sortir de ce cadre, à la fois quant aux cotisations et aux prestations. La nouvelle orientation du régime soulève plusieurs questions. Ainsi, les cotisations d'assurance-chômage peuvent-elles être utilisées pour financer des « mesures actives » aux dépens de la garantie de revenu que le régime doit fournir aux assurés? Le financement par le fédéral de mesures actives à même le Compte d'assurance-chômage, peut-il recevoir le même traitement constitutionnel que le financement de ces mesures dans le cadre du pouvoir fédéral de dépense? Enfin, les nouveaux mécanismes de financement des prestations d'emploi et de fixation du taux de cotisation, qui ne tiennent aucunement compte des prestations de chômage réellement versées aux prestataires, sont-ils constitutionnels?

Nous sommes d'avis que la compétence dévolue au Parlement fédéral par l'amendement constitutionnel de 1940 ne l'autorise pas à utiliser les cotisations d'assurance-chômage à d'autres fins que le versement de prestations. Les décisions des tribunaux rendues dans le cadre de la contestation de la *Loi sur le placement et les assurances sociales* sont significatives à cet égard. La Cour suprême y assimile « assurance sociale » et « assurance commerciale » et le Conseil privé souligne l'analogie entre les deux types d'assurance: « (...) what the difference is between a statutory obligation to pay insurance premiums to the State or to an insurance company⁵³ ».

Rappelons que le régime mis sur pied suite à l'amendement constitutionnel de 1940, est à peu de choses près, identique à celui contenu dans la Loi de 1935. D'ailleurs, le caractère assurantiel du régime sera par la suite souligné dans nombre de décisions, dont l'arrêt *Hills*: « Par le partage à l'échelle nationale tant du risque que du coût du chômage, la Loi a toujours conservé son caractère d'assurance⁵⁴ ». Appelée à définir

52. Voir: Québec, ministère de la sécurité du revenu, *Un parcours vers l'insertion, la formation et l'emploi*, (Livre vert), 1996, à la p. 27; P. Fortin, « L'impact des lois sur l'assurance-chômage de 1990, 1994 et 1996 sur l'aide sociale du Québec », Montréal, *École des sciences de la gestion*, Université du Québec à Montréal, Octobre 1997.

53. *Supra* note 7, à la p. 366.

54. *Hills c. P.G. Canada*, [1988] 1 R.C.S. 513 à la p.535, 48 D.L.R. (4e) 193, 84 N.R.86. Voir au même

la nature d'un autre régime d'assurance sociale, le *Régime de pensions du Canada*⁵⁵, la Cour suprême en vint à la conclusion qu'il s'agissait là d'une forme d'assurance semblable à l'assurance commerciale⁵⁶. Certes, l'assurance-chômage se distingue par plusieurs aspects de l'assurance commerciale, mais elle partage néanmoins avec cette dernière son caractère d'assurance, en vertu duquel cotisations et prestations sont intrinsèquement liées. Aussi, contrairement à l'exercice du pouvoir de dépense du gouvernement fédéral, les cotisations ne peuvent être utilisées qu'à des fins précises, soit l'indemnisation des assurés.

D'aucuns pourraient prétendre que le Parlement peut dans le cadre de sa compétence en matière d'assurance-chômage, offrir des mesures de formation aux chômeurs. Le volet des « mesures actives » (prestations d'emploi) seraient donc partie intégrante d'un régime d'assurance-chômage. Rappelons que le coût de l'extension des « mesures actives » en 1977 était alors assumée pour l'essentiel à même la participation financière de l'État. Ainsi, dans le cadre d'un litige portant sur l'application des lois du travail à des prestataires inscrits dans un programme de créations d'emploi⁵⁷, la Cour suprême devait statuer que le fondement du financement de tels programmes était le pouvoir de dépense du Parlement et non sa compétence en matière d'assurance-chômage:

« Le financement des projets de création d'emplois par le fédéral est autorisé par des lois de crédits annuelles votées par le Parlement (...) Ces programmes sont approuvés en vertu de programmes de dépenses discrétionnaires et non en vertu de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*.

À mon avis, le pouvoir d'établir un programme de création d'emplois découle du pouvoir de dépense du fédéral.⁵⁸ » Suite au retrait de la participation financière de l'État en 1990, ces « mesures actives » ne sont plus assumées par le pouvoir de dépense du Parlement mais bien par le Compte d'assurance-chômage, au détriment de la vocation assurancielle du régime. Le financement de telles mesures par le Compte d'assurance-emploi, en l'absence d'une contribution étatique, ne respecte pas les exigences de l'art. 91.2A de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

effet: *Martin Service Station c. M.N.R.*, [1977] 2 R.C.S. 996 à la p.1004, 67 D.L.R. (3e) 294, 9 N.R. 257; *Bliss c. Canada (P.G.)*, [1979] 1 R.C.S. 183 à la p.186, *Canadien Pacifique Ltée c. Canada (P.G.)*, [1986] 1 R.C.S. 678 à la p. 680, 27 D.L.R.(4e) 1, 66N.R. 321. Par ailleurs, soulignons que la logique assurancielle a souvent été invoquée dans la jurisprudence pour souligner les obligations des sans-emploi en matière de « chômage volontaire », dont celle de ne pas provoquer indûment la réalisation du risque chômage. (Voir entre autres: *Tanguay c. Canada (Commission d'assurance-chômage)*, 68 N.R. 154, 10 C.C.E.L. 239 (C.A.F.) Il sera intéressant de voir si pareil raisonnement sera appliqué par les tribunaux aux obligations constitutionnelles de l'État-assureur à l'endroit des sans-emploi.

55. *Régime de pensions du Canada*, S.C. 1964-65, c. 51.

56. *Canadien Pacifique Ltée. c. Gill ex rel. Gill*, [1973] R.C.S. 654, 37 D.L.R.(3e) 229, [1973] W.W.R. 593.

57. *Supra* note 19, art. 41 modifiant l'art. 38.

58. *YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. c. Brown*, [1989], 1 R.C.S. 1532 à la p.1548, 59 D.L.R. (4e) 694, 97 N.R. 161.

De même, la compétence fédérale en matière d'assurance-chômage ne l'autorise pas davantage à verser des prestations d'emploi à des personnes sans-emploi non-assurées. D'autant plus que les sans-emploi sont les premiers affectés par cette manipulation du régime. Ainsi plusieurs personnes qui auparavant auraient pu être « prestataires » du régime, se retrouvent maintenant « participantes⁵⁹ » dans un régime qui ne leur reconnaît aucun droit. Il en va de même, de la nouvelle méthode servant à déterminer le montant devant être affecté au financement des prestations d'emploi. La disposition qui permet de dissocier complètement les sommes affectées au financement des prestations d'emploi des prestations de chômage versées aux prestataires, s'inscrit dans la même logique inconstitutionnelle. Le Parlement ne peut par une simple loi modifier le cadre de sa compétence constitutionnelle.

Enfin, le nouveau mécanisme de fixation du taux de cotisation (art.66) soulève également des doutes quant à sa constitutionnalité.

Les critères de ce nouveau mode de fixation des cotisations sont peu définis et leur application entièrement laissée à la discrétion du gouvernement fédéral. La nouvelle disposition, en ne tenant pas compte des prestations de chômage réellement versées, permet l'accumulation de surplus alors que la protection offerte par le régime diminue. Elle se démarque ainsi du principe en vigueur depuis les débuts du régime qui, conformément à la technique de l'assurance sociale, reflétait un lien direct entre le taux de contribution au Compte et les prestations versées.

En reconnaissant utiliser le surplus du Compte d'assurance-chômage à des fins de réduction du déficit, le gouvernement contrevient à ses obligations constitutionnelles à l'endroit des sans-emploi. Non seulement pareille utilisation d'une partie des cotisations, prive les assurés du droit de recevoir les prestations pour lesquelles ils ont cotisé, mais elle transforme *de facto* en taxes, les cotisations d'assurance-chômage. Or, la perception des cotisations d'assurance-chômage ne relève pas du pouvoir de taxation du Parlement, pas plus que le versement des prestations de son pouvoir de dépense. La compétence constitutionnelle du Parlement ne permet pas de disposer ni d'affecter le surplus du Compte d'assurance-emploi autrement que pour atteindre les objectifs et finalités du régime, soit le paiement de prestations de chômage. La nouvelle méthode de fixation, en laissant toute latitude au gouvernement de déterminer des taux qui ignorent le montant des prestations de chômage réellement versées par le régime à ses assurés, permet une manipulation du Compte qui outrepassé la compétence constitutionnelle du Parlement fédéral en matière d'assurance-chômage.

4. LA NÉCESSITÉ D'UN RECOURS JUDICIAIRE

L'article 91.2A qui attribue la compétence constitutionnelle en matière d'assurance-chômage comporte deux dimensions. D'abord, elle s'inscrit dans le partage des compétences entre les législatures provinciales et le Parlement en conférant à cette autorité la compétence exclusive en matière d'assurance-chômage. Ensuite, elle

59. *Supra* note 18, art. 58 (1).

définit la compétence qui est conférée au Parlement en matière d'indemnisation du chômage, soit l'assurance-chômage. Si dans le cadre de ce régime d'assurance sociale, les travailleurs et les employeurs sont contraints de cotiser au régime, l'État quant à lui devrait logiquement être contraint d'utiliser ces sommes uniquement pour indemniser les assurés en chômage.

Les personnes qui cotisent à l'assurance-chômage doivent avoir droit à une protection adéquate lorsqu'elles se retrouvent sans emploi. Le détournement du régime consacré par l'adoption de la *Loi sur l'assurance-emploi* en 1996 constitue un recul considérable pour les travailleurs et les sans-emploi. D'abord par la diminution de la couverture du régime, qui s'est soldée par l'appauvrissement de centaines de milliers de personnes, dont nombre d'entre elles ont été contraintes de recourir à l'aide sociale. L'opération s'est également traduit par un recul considérable des droits des sans-emploi. Ainsi, les personnes qui quittent leur emploi sans justification n'ont plus droit aux prestations et le régime des prestations d'emploi est soustrait du processus d'appel. Compte tenu de la dégradation que le régime a connue ces dernières années, les sans-emploi ont tout intérêt à ce que ces questions soient tranchées par les tribunaux⁶⁰. De tels débats judiciaires devraient permettre de faire plus de lumière sur les enjeux fondamentaux de cette transformation du régime, trop souvent occultés au cours de la dernière décennie. Enfin, n'oublions pas que le régime d'assurance-chômage a été mis en place qu'après des années de luttes et de revendications tant du mouvement ouvrier que populaire⁶¹. Il est temps de rappeler au gouvernement fédéral ses responsabilités constitutionnelles à l'égard des sans-emploi.

60. Déjà, des organisations syndicales québécoises ont intenté des recours invoquant notamment l'inconstitutionnalité de dispositions de *Loi sur l'assurance-emploi* en regard de l'article 91.2A de la *Loi constitutionnelle de 1867*: *Confédération des syndicats nationaux c. Canada (P.G.)*, Montréal, 500-05-048333-999 (C.S.); *Syndicat national des employés de l'Aluminium d'Arvida inc. et autres c. Canada (P.G.)*, Chicoutimi, 150-05-001538-984 (C.S.).

61. Voir: J. Struthers, *No Fault of their Own: Unemployment and the Canadian Welfare State: 1914-1941*, Toronto, University of Toronto Press, 1983.